

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

KARYNA BATISTA SPOSATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; José Fernando Vidal De Souza; Karyna Batista Sposato -
Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-452-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3.
4. Educação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).
Contrato.

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

A presente obra é mais um trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Desta feita a reunião dos artigos é proveniente do XXVI ENCONTRO DO CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, nos dias 19 a 21 de julho de 2017, e sediado pelo Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB).

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado “EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I” e pela organização desta obra.

Com efeito, no dia 20 de julho de 2017, os quatorze artigos ora selecionados, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

Para facilitar a leitura, a obra foi dividida em temáticas distintas, a saber: a) Eficácia horizontal dos direitos humanos e o respeito à dignidade do trabalhador; b) Educação e direitos sociais; c) Saúde e trabalho; d) Contrato, associativismo e empreendedorismo; e) Direito à moradia e solidariedade.

Assim, compõem a primeira temática quatro artigos. No primeiro artigo, intitulado “A teoria das necessidades e a sua relação com os direitos fundamentais dos trabalhadores”, Marcos Leite Garcia e Dirajaia Esse Pruner, fundados nas ideias de Sen, Doyal e Gough, e Nussbaum, demonstram a relação da teoria das necessidades com os direitos fundamentais dos trabalhadores, promovendo a análise dos direitos previstos nas convenções da Organização Internacional do Trabalho.

O segundo artigo, apresentado por Silvio Beltramelli Neto, “Apontamentos sobre a imprescritibilidade dos crimes relativos a trabalho escravo segundo a sentença da corte

interamericana de direitos humanos para o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, analisa a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, que condenou o Estado brasileiro a garantir que a prescrição não seja aplicada aos delitos de escravidão.

Na sequência, o artigo, “A revista no direito do trabalho em contraposição ao seu tratamento no direito processual penal: trabalhadores ou suspeitos de crime, para qual deles são mais efetivas as garantias constitucionais?”, apresentado por Ricardo José Leite de Sousa e Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, dedica-se a estudar e comparar os direitos fundamentais dos presos e a revista pessoal dos trabalhadores no regular desempenho de suas atividades laborativas, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

O quarto artigo de Ângela Diniz Linhares Vieira, “Assédio moral coletivo: dano moral coletivo ao direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente do trabalho hígido”, se propõe a estudar o assédio moral coletivo, o meio ambiente do trabalho equilibrado e os direitos fundamentais do homem enquanto trabalhador, com vista à punição do autor do referido dano.

O bloco seguinte é aberto com o artigo, “A educação a distancia nas grandes regiões do país: breves considerações”, de Marklea da Cunha Ferst e Rubia Silene Alegre Ferreira, que analisam a evolução da educação a distância (EaD) nas grandes regiões do País, os motivos e as peculiaridades de evasão escolar nesta modalidade de ensino.

O sexto artigo, “Educação para o trabalho como forma de inclusão da pessoa com deficiência”, de Aline Mendes De Godoy, trata da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, sustentando a necessidade de mudanças conceituais sobre a pessoa com deficiência, que não devem mais ser consideradas inválidas ou dignas de caridade, pois estão a se tornar ativas e exitosas em alcançar sua inserção na sociedade e no mercado de trabalho.

Abre um novo bloco, o sétimo artigo, intitulado “O direito fundamental a proteção à maternidade no direito do trabalho”, apresentado por Juliana Maria da Costa Pinto Dias, que cuida das questões da maternidade, trabalho da mulher gestante e dos adotantes, estabelecendo comparações e defendendo a aplicação das garantias constitucionais entre a maternidade biológica e afetiva.

O oitavo trabalho de Danilo Lucas de Oliveira Santos, “Inconstitucionalidade circular de alcance prospectivo. Restrições insidiosas a direitos fundamentais nas relações de trabalho:

uma abordagem crítica de decisões judiciais desprovidas de ponderação punitiva e seus influxos” se propõe a examinar a declaração judicial de nulidade de contrato de trabalho e os seus reflexos nos direitos fundamentais dos trabalhadores e de toda sociedade.

“Liberdade sindical: direito humano ou garantia fundamental?”, de Flávio Augusto Dantas dos Santos, abre um novo bloco de artigos e trata de distinguir direitos humanos e fundamentais, relaciona o associativismo e a liberdade sindical e analisa a liberdade sindical como direito humano e fundamental.

O décimo artigo, “Microempreendedor individual: do incentivo à efetividade do empreendedorismo no Brasil” é apresentado por Veronica Lagassi e Paola Domingues Jacob que se dedicam a estudar aspectos do empreendedorismo no Brasil, a partir da análise da Lei Complementar nº 123/2006 e dificuldades do reconhecimento do microempreendedor individual, nos moldes da Lei Complementar nº 128/2008.

Dando continuidade, o décimo primeiro artigo, “Direitos fundamentais sociais em vista da responsabilidade da administração pública por contratos terceirizados: percepções jurídicas em torno do papel do estado no julgamento do recurso extraordinário - RE 760931”, apresentado por Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino e Leonardo Cedaro, se dedica a discutir o Recurso Extraordinário de nº 760931 que decidiu sobre o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados contratados.

O décimo segundo artigo de Jéssica Antunes Figueiredo, “Os donos dos jogos: o domínio das "quatro irmãs" nas contratações das obras para a copa do mundo e as olimpíadas e o desrespeito ao interesse público”, se debruça a apreciar as minúcias dos contratos firmados para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 no Brasil, apontando a ocorrência de cartel e as diversas irregularidades nas contratações, sugerindo, assim, a necessidade de maior mobilização da sociedade para proteção do interesse público na realização de megaeventos no país.

O décimo terceiro artigo abre o último bloco, “Direito à moradia – uma visão comparada da suprema corte brasileira e sul-africana a partir do Grootboom case”, de Jeferson Nelcides de Almeida e Dirceu Pereira Siqueira, que comparam aspectos do Direito à Moradia no Brasil, na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e na África do Sul, a partir do caso Grootboom, julgado em 2000 no país Sul-Africano.

O último artigo, “Solidariedade e fraternidade aplicadas ao desenvolvimento sustentável”, apresentado por Luiz Felipe Rossini e Alexandre Alcorta Daiuto trata da fraternidade e da

solidariedade como direito fundamental e norteadoras para um modelo de capitalismo humanista, na busca de um desenvolvimento sustentável.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e aprazível leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - UNINOVE

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

Profª Dra. Karyna Batista Sposato - UFS

O DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO MATERNITY PROTECTION IN LABOR LAW

Juliana Maria Da Costa Pinto Dias ¹

Resumo

O termo maternidade é muito utilizado no meio jurídico, contudo seu conceito e extensão são pouco discutidos. As garantias constitucionais e laborais concedidas em decorrência da maternidade foram construídas com base em critérios biológicos, deixando de lado o afeto e as formações familiares contemporâneas. O trabalho da mulher gestante recebeu disciplina especial, que lhe confere verdadeiro amparo contra discriminação, no entanto o mesmo não aconteceu com os adotantes. Nesta senda, o presente artigo tem o objetivo de analisar e comparar tais garantias, defendendo a aplicação destas garantias de forma equânime à maternidade biológica e afetiva.

Palavras-chave: Maternidade, Direito fundamental, Maternidade biológica, Maternidade afetiva, Garantias de emprego

Abstract/Resumen/Résumé

The term maternity is widely used in the legal environment, however its concept and extension are little discussed. Constitutional and labor guarantees due to maternity were based on biological criteria, leaving aside the affection and contemporary family formations. The work of pregnant women received special discipline, which gives real protection against discrimination, however the same did not happen with the adopters. In this vein, this article aims to analyze and compare such guarantees, defending the application of these guarantees equitable manner to the biological and affective motherhood.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Maternity, Fundamental right, Biological maternity, Maternity affective, Job guarantees

¹ Advogada. Aluna especial da pós-graduação em nível de mestrado da Universidade Federal do Estado da Bahia. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são fontes inesgotáveis de debates e estudos. Diante da sua elasticidade, tem eficácia irradiante nos mais diversos campos do direito, por isto o seu estudo direcionado é sempre enriquecedor.

O objeto do presente estudo é analisar o direito fundamental a proteção à maternidade e seus reflexos na seara trabalhista. Para tanto, o critério adotado foi a comparação do tratamento destinado a maternidade biológica e a afetiva, fazendo uma crítica a diferenciação existente entre elas.

O tema foi escolhido diante da necessidade de se abordar a maternidade nos seus mais diversos aspectos, especialmente no Direito do Trabalho, área em que é tratada como disciplina praticamente exclusiva de proteção ao trabalho da mulher.

Importante salientar que se reconhece e respeita toda a luta e dificuldade enfrentada pelas mulheres a fim de garantir tratamento protetivo pela legislação trabalhista, entretanto se entende que a proteção à maternidade vai além da proteção aos direitos da mulher. Em verdade, a mulher faz parte do universo da maternidade e não o contrário.

Neste contexto, a maternidade será abordada como conjunto de fatores, envolvendo múltiplos sujeitos, que tem como objetivo maior proteger a criança através de garantias fornecidas aos pais, sejam eles biológicos ou não.

Em vista disso, o trabalho foi realizado em forma de revisão de leitura, apresentando ainda o posicionamento da jurisprudência pátria quanto aos tópicos debatidos.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Foi através da evolução do Direito Constitucional que a mulher viu, de maneira paulatina, seus direitos serem alcançados. A igualdade entre os gêneros, as políticas de proteção ao trabalho da mulher, a sua afirmação como indivíduo de direitos e deveres, a proteção à maternidade, além de outros direitos, emergiram com a nova ideia constitucional de conciliação entre trabalho e família através de políticas públicas.

Muito embora a igualdade material ainda não tenha sido efetivamente alcançada, isto porque apesar da formalização da igualdade entre os gêneros através da norma constitucional a discriminação da mão de obra feminina ainda é uma realidade no Brasil (BRASIL, 2015),

não se pode negar que a novidade trazida em matéria de proteção à mulher mostrou-se entusiasmante.

Trata-se de verdadeira ampliação dos horizontes de trabalho da mulher, refletindo-se na quebra da dicotomia do modelo de mulher vinculado às responsabilidades domésticas e o homem ao sustento familiar (PRONI, 2013).

Neste espírito de proteção da igualdade, o novo intento constitucional não poderia deixar de disciplinar a proteção à maternidade, e o fez, garantindo-lhe *status* de direito fundamental social em seu artigo 6º, conferindo ainda proteção especial à gestante no inciso II do artigo 201.

Tal proteção mostrou-se como mais uma forma de proteção ao tratamento discriminatório direcionado ao gênero feminino durante muitos anos. A posição de gestante fazia da mão de obra feminina descartável, fato que mudou substancialmente com o advento da Carta Magna.

A disciplina voltada à proteção da maternidade encontra proteção no sistema de seguridade social também através de assistência social, conforme postulado do artigo 203, inciso I, da Constituição Federal.

Contudo, com a evolução social e os novos contornos da família contemporânea, a maternidade também ganhou novos significados, não sendo mais privilégio apenas das mulheres.

“A sociedade complexa que vivemos torna o conceito de família sempre mais controverso” (BELARDINELLI, 2010, p. 23), não se pode fechar os olhos para a importância dessas concepções contemporâneas, novas formações e laços sanguíneos, sociais e afetivos.

O surgimento da união estável, a abolição da discriminação entre os filhos gerados fora do matrimônio, o reconhecimento das uniões homoafetivas, a adoção legal, as novas formações sociais manifestadas através do poliamorismo, dentre outras construções da sociedade não podem ser desprezadas pelo ordenamento jurídico, merecendo também tutela jurisdicional, inclusive no que tange a maternidade.

Não restam dúvidas de que a proteção à maternidade esteve inicialmente ligada com o objetivo constitucional de proteger e garantir a igualdade de trabalho da mão de obra feminina, todavia tal direito envolve também a proteção à vida da criança envolvida em todo este processo, sendo este o bem jurídico maior a ser tutelado: a dignidade do menor.

Sem dúvidas, “a reprodução humana como um ato biológico e social foi um dos fenômenos de maior transformação ao longo da história, tanto quanto o trabalho considerado produtivo” (GAMA, 2014, p. 31), o que justifica a importância da disciplina especial

destinada a tanto, bem como a evolução da mesma quanto a essas transformações, que merecem estudo aprofundado.

1.1 Conceito de maternidade

“Estado ou qualidade de mãe” (AURELIO, s.d.), é esta a definição mais simples e pura da palavra maternidade, não envolvendo gênero, crença, raça, opção sexual ou critérios de consanguinidade.

Definir o que venha a ser maternidade mostra-se a tarefa árdua, quicá intangível, um daqueles conceitos indetermináveis. Isto se dá porque se trata muito mais de uma experiência do que de uma condição. E como experiência, pode ser vivenciada das mais diversas formas imagináveis.

Juridicamente falando, entende-se por maternidade não apenas o período gestacional, mas também os fatos posteriores a concepção, devendo-se levar em consideração tanto a saúde da mãe quanto a da criança, isto porque a maternidade tem uma função social relevante, que é a renovação de gerações.

Neste contexto, vale frisar que embora a gestação seja uma experiência essencialmente feminina, como será tratado futuramente, a condição materna não é exclusiva da mulher, muito menos da mulher que gerou a vida. Isto por óbvio se dá em decorrência das novas concepções familiares e formações de afeto.

Em decorrência da maternidade, durante a gravidez e com o nascimento da criança, a mãe passa por mudanças substanciais no seu seio social, assim como sofre alterações biológicas consideráveis. Segundo Luciano Martinez (2014, p. 708), a maternidade é um conjunto de fatores que não podem ser considerados isoladamente:

[...] muitos cuidados não praticados no cotidiano das mulheres passam a ser exigíveis desde os primeiros instantes do período gestacional, passando pelos indispensáveis exames pré-natais, pela chagada e a recepção do bebê e seu acompanhamento durante toda a infância. A proteção à maternidade e à infância alçou, por isso, a qualidade de direito social, nos termos do art. 6º da Constituição de 1988. Perceba-se que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-se como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção .

Logicamente, a gestante é peça fundamental na proteção à maternidade, porém não é a única protegida, justamente por isso esta proteção abarca tanto o período gestacional como o pós-gestacional, preocupando-se, inclusive, com a saúde do nascituro.

Tanto é que independente da legislação trabalhista, na esfera civil, o nascituro recebe tratamento e proteção diferenciada, protegido desde a concepção, sendo conferido o direito à vida ao nascituro pelo caput art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e pelo art. 7º da Lei 8.069 (BRASIL, 1990), impondo ainda, em concordância com Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito à assistência pré-natal, disponibilizando-se condições saudáveis para o desenvolvimento da gestação (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 201). É indubitável, pois, o reconhecimento ao nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer vivo, enfim os direitos e condições essenciais para adquirir a personalidade.

A garantia a maternidade é também um direito do nascituro em por consequência lógica, a manutenção de um ambiente de trabalho saudável fisiologicamente e psicologicamente, assim como a proteção do trabalho da sua genitora, o qual é o responsável pela sua manutenção financeira, garante um nascimento saudável a criança assim como a perspectiva de um futuro saudável.

2 A MATERNIDADE BIOLÓGICA: UMA EXPERIÊNCIA ESSENCIALMENTE FEMININA

A condição de gestar é privilégio apenas do sexo feminino, por isto a maternidade biológica foi conferida disciplina relacionada à mulher. E *a priori* não poderia deixar de ser.

Em matéria constitucional, a maternidade foi reconhecida como um estado apenas da mulher, por consequência da sua possibilidade física de gerar vida. É uma concepção fisiológica, conservadora, mas real: somente o sexo feminino pode engravidar e sustentar a qualidade de gestante.

A tutela especial tem um motivo de ser. Durante muitos anos a mulher foi tida como sexo frágil, e tal disciplina normativa “resulta, no fundo, do peso histórico da discriminação por motivo de sexo” (MALLET, 2013, p. 31).

É uma dedução lógica: se somente a mulher pode gestar, se ela sofre preconceito em virtude da possibilidade de gestar, da condição de gestante e em decorrência do nascimento da criança, por consequência, a proteção à maternidade lhe confere direitos compensatórios com objetivo de afastar a diferenciação negativa oriunda deste fato biológico.

As leis trabalhistas também não poderiam deixar de proteger a maternidade e o fizeram através do trabalho da mulher. Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já versava sobre o trabalho feminino,

conferindo-lhe disciplina diferenciada. Através da Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, foram inseridas novas “regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho” (BRASIL, 1999a).

Talvez seja no meio ambiente laboral que a mulher sofre maior discriminação, seja através do tipo de atividade a que é associada, seja pela diferença remuneratória e, justamente por isto, merece disciplina e estudo diferenciado.

2.1 A fase pré-gestacional e a vedação à discriminação na fase pré-contrato de trabalho

A discriminação entre os gêneros é vedada na sua forma mais ampla pelo artigo 5º, inciso I da Constituição Federal, e não poderia se dar de forma diferente no ambiente laboral.

O parágrafo único do artigo 391 da CLT veda qualquer tipo de “restrição ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou gravidez” (BRASIL, 1943), incluindo-se então, o direito ao acesso ao trabalho.

A fase pré-gestacional, aquela em que a mulher ainda não está efetivamente grávida, mas em que pode sofrer discriminação pela possibilidade de gestar, também é protegida pela norma trabalhista, que traz uma série de vedações quanto a critérios discriminatórios na fase pré-contratual.

Tais vedações foram inseridas na Consolidação das Leis Trabalhistas em 1999, através da Lei 9.799, mais de 10 anos após a promulgação da Constituição, o que mostra o verdadeiro atraso neste tocante.

Contudo, em que pese tais vedações só terem sido inseridas na CLT em 1999, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, já normatizava a proibição “a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho” (BRASIL, 1995), norma esta recepcionada pela CLT em seu artigo 373-A, inciso IV.

Dentre as práticas proibidas pela supracitada lei está a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou ao estado de gravidez.

O empregador não pode exigir que a empregada se submeta a exame a fim de atestar a gravidez ou esterilização, inclusive a fim de evitar a não contratação em decorrência da gestação, uma vez que tal comportamento tipifica crime previsto no art. 2º da Lei nº 9.029/95, corroborada pela proibição prevista no art. 373-A, IV da CLT.

Justa é tal prerrogativa, visto que adotar medida em sentido contrário seria extremamente constrangedor para a mulher, assim como verdadeira fraude ao contrato de

trabalho. Não é economicamente vantajoso para o empregador admitir ou manter uma empregada gestante e é justamente por isso que se faz necessário proteger a mulher que goza deste estado.

É irrelevante para o início do contrato de trabalho a condição ou não de gestante da mulher, não podendo esta ser óbice para sua admissão. Entende-se que tal prática apenas pode ser aceita quando a natureza do trabalho implica em real prejuízo para gestação, como é o caso de funcionários que trabalhem expostos a agentes químicos e biológicos de alto risco, devendo para tanto haver norma coletiva ou norma regulamentadora que expresse tal permissão.

São elencados ainda, nos incisos do artigo 373-A da CLT, uma série de outras condutas proibidas em fase pré-contratual, vejamos: a) publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; b) recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; c) considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; d) impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez.

Não pode existir qualquer tipo de conduta negativa que vede o acesso da mulher ao mercado de trabalho em virtude de seu gênero, muito menos em decorrência da gestação ou maternidade, tal prática é discriminatória e rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O período gestacional

Assim como o período pré-gestacional recebe disciplina especial, o período gestacional impõe uma série de direitos à gestante. Neste contexto, entende-se como período gestacional desde a concepção até o parto, ou “qualquer evento que, prematuramente, aborte o processo de reprodução humana” (MARTINEZ, 2014, p. 709).

É vedada uma série de condutas discriminatórias e que possam influenciar de forma negativa na saúde do feto e da mãe.

Por serem medidas de proteção de ordem pública, “são insuscetíveis de negociação individual ou coletiva tendente a atenuá-la ou modificar seus contornos previstos em lei” (MARTINEZ, 2014, p. 705).

2.2.1 Dispensa para consultas médicas e exames complementares

O período gestacional implica em uma série de alterações no cotidiano e saúde da mulher, neste tocante, o legislador mostrou-se sensível as necessidades da gestante, garantindo-lhes à dispensa do horário de trabalho para realização de no mínimo seis consultas mensais e demais exames complementares, pelo tempo necessário. Esta é a disposição do artigo 392, §4º, inciso II da CLT.

Nos casos de gravidez de risco ou com pequenas complicações que interfiram no dia a dia do trabalho, o empregador deve agir de forma a priorizar a proteção à maternidade, em razão disto não pode imputar a gestante qualquer tipo de penalidade em função de acompanhamento ou tratamento médico.

2.2.2 Transferência de função e o dever de acomodação do empregador

A legislação trabalhista atinente à proteção da maternidade e por consequência da gestação visa proteger também a manutenção do trabalho da mulher, para que este perdure quando do término do período gestacional.

Sendo assim, tornando-se a função ocupada pela mulher incompatível com a condição de gestante, é dever de o empregador transferi-la de função, garantindo a sua retomada para a função anterior quando do término da gravidez, é a leitura do artigo 382, §4, inciso I da CLT.

O empregador tem o dever de acomodar a nova necessidade da mulher gestante, garantindo a manutenção do seu emprego de forma digna, entretanto em função compatível com as suas limitações. É o dever semelhante com o do empregador que tem em seu quadro funcionário adepto de determinada religião, teoria defendida por Aloísio Cristovam Junior (2013).

A maternidade e a religião são protegidas como direitos fundamentais, inclusive dos trabalhadores, e por isto precisam ser acomodadas a fim de proteger a continuidade do trabalho de forma digna.

2.2.3 A estabilidade da gestante

Embora se trate de política de proteção ao emprego, a estabilidade provisória conferida à empregada gestante tem como objetivo a efetivação de dois direitos fundamentais: a igualdade de trabalho entre os sexos e a proteção à maternidade, este último objeto do presente estudo.

A mulher gestante tem direito a estabilidade provisória nos moldes do art. 10 II, b do ADCT (Atos de Disposições Constitucionais Transitórias): “[...] fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” (BRASIL, 1988).

Ora, do texto pode-se extrair que a limitação temporal é expressa, não restando dúvidas quanto ao início e ao fim da estabilidade provisória em questão: ela começa com a confirmação da gravidez, ou seja, quando a empregada toma conhecimento do seu estado gravídico, e termina cinco meses após o parto. Sendo assim, maior parte do período que abarca tal garantia decorrer ainda quando da gestação, por isto optou-se por incluir o tema no tópico relativo à proteção à maternidade no curso gestacional.

Não se pode confundir, porém o instituto da estabilidade provisória da gestante com a licença-maternidade. São institutos completamente diferentes.

A licença-maternidade é o lapso temporal conferido pela legislação para que a mulher ou o adotante se recupere e se adapte a presença da criança, conferindo-lhe os cuidados necessários à sua concepção, sem que precise laborar: a mulher se mantém afastada do emprego.

Já a estabilidade é o lapso temporal no qual a mulher tem o direito de não ser dispensada sem justo motivo pelo empregado, pode a empregada estar trabalhando. A estabilidade ocupa um lapso temporal superior a licença-maternidade e justamente por isso coincidem em determinado momento, uma vez que gozados ao mesmo tempo.

Ultrapassado este esclarecimento preliminar, passa-se a adentrar nos pormenores da garantia de emprego da gestante.

A estabilidade provisória visa evitar que as mulheres sejam demitidas em razão do seu estado gestacional, preocupação também esboçada no artigo 391 da CLT (BRASIL, 1943).

O objetivo do legislador foi evitar que a trabalhadora sofresse discriminação em decorrência do estado gestacional, evitando o desemprego num momento em que a remuneração, o rendimento, é extremamente importante, tanto para a mulher quanto para a criança.

Diante desta forte garantia, alguns questionamentos relevantes podem ser feitos. O primeiro deles é quanto à necessidade do empregador em ser comunicado do estado gravídico da empregada.

A estabilidade, conforme se depreende da regra supracitada, é oferecida sob perspectiva objetiva, ou seja, sob o preenchimento de um requisito: a existência da gravidez. Existindo a gravidez, independentemente do conhecimento do empregador, subsiste a estabilidade provisória. Este posicionamento foi confirmado na súmula 244, item I do TST. Quanto a este questionamento, Delgado (2013, p. 1131) leciona:

A gestação é fato jurídico que faz a empregada adquirir o direito à estabilidade. A comunicação é mero requisito da prova do ato e não da substância. Sendo assim, o empregador, mesmo que desconheça o estado gravídico da empregada, não pode demiti-la, porque sua responsabilidade é objetiva.

Obviamente, existe corrente que entende em sentido contrário, utilizando como argumento a bilateralidade do princípio da boa-fé objetiva que rege, também, os contratos de trabalho. Seria necessário que a empregada comunicasse ao empregador o seu estado gestacional, para garantir que este tenha a oportunidade de reintegrá-la, sob pena de concorrer na culpa pelo descumprimento da garantia.

Para aqueles que defendem tal teoria, não se pode descartar a necessidade e o direito de proteção do empregador em face do uso abusivo da estabilidade pela gestante, ou seja, do uso da gravidez como forma de abuso de direito. Como, por exemplo, o ocultamento da gestação a fim de garantir em sede judicial uma indenização.

Neste sentido, e de modo contrário ao posicionamento majoritário, Martins (2009, p. 416) trata da impossibilidade de imputar ao empregador fato que não era de seu conhecimento:

O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que está grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa. Na data da dispensa não havia qualquer óbice à dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constatá-la. Logo, não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito à garantia de emprego da gestante.

Notadamente, tal posicionamento não é o adotado pela maioria doutrinária, entende-se que, protegida à maternidade como direito fundamental, mesmo a ausência de comunicação pela empregada da sua condição, é ainda defesa a estabilidade de emprego.

Por outro lado, havendo conhecimento pelo empregador do estado gestacional, já ocorrida a dispensa antes da ciência, levando em consideração que o objetivo da garantia é a

manutenção do emprego e não a indenização correspondente ao período, é oferecido de volta o emprego a empregada, se esta recusa a oferta sem qualquer justificativa mínima plausível, “cria na empresa uma legítima expectativa de renúncia à estabilidade que é contrariada com o ajuizamento de uma reclamação trabalhista pleiteando salários do período estável” (PESSOA, 2016).

A lealdade no contrato de trabalho tem natureza recíproca (ABRANTES, 2005, p. 180), é uma via de mão dupla, devendo partir tanto do empregador como do empregado. Nos casos de gestação desconhecida pelo empregador, espera-se que a empregada cumpra com seu dever e comunique o fato para que o empregador possa exercer sua obrigação de reintegração a obreira.

Superado tal questionamento, se faz imperioso esclarecer se a própria empregada precisa ter conhecimento do seu estado gestacional antes da dispensa para que goze da garantia da estabilidade.

Não existe previsão legal que expresse de forma exata a necessidade de ter conhecimento da gestação quando ainda em curso do contrato de trabalho. O art. 10, II, *b* do ADCT trata do início quando da confirmação da gravidez, sem precisar se esta confirmação deva se dar durante o pacto ou mesmo depois do seu fim.

Não se esclarece também no texto constitucional sobre a necessidade de comprovação médica da gravidez, falando apenas do conhecimento da mesma pela mulher, podendo ser, portanto, através da cognição e do autoconhecimento do organismo.

Neste sentido, o posicionamento da jurisprudência é no sentido de que a mulher terá direito a reintegração ou indenização desde a concepção, independente do conhecimento da gravidez ou da sua comunicação ao empregador, uma vez que é a concepção o marco inicial da estabilidade, mesmo que a confirmação da gestação tenha se dado depois da dispensa.

Segundo Delgado (2013, p. 1131), este entendimento visa proteger a gestante, independentemente de qualquer outra medida, como a apresentação de atestados, exames ou quaisquer outras comprovações do estado gestacional.

Em sentido oposto, argumenta-se que o fato da gestante ter deixado transcorrer todo o prazo da estabilidade para ajuizar ação em face do empregador, tiraria da mesma o direito às vantagens pecuniárias decorrentes da estabilidade. Seria uma forma de mitigar o abuso do direito à estabilidade. Este é o entendimento de Martins (2009, p. 417):

Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar.

No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, pense que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização.

Na hipótese de a empregada afirmar categoricamente que não tem interesse em retornar a trabalhar na empresa, quando esta lhe coloca à disposição o emprego, renuncia ao direito à garantia de emprego, pois, do mesmo modo, a Constituição assegura o direito ao emprego e não à indenização. Não querendo a empregada trabalhar na empresa, resta indevido o direito à garantia de emprego prevista na Constituição.

Fato é que, a súmula 224 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seu item II, indica que a reintegração ao trabalho só pode se dar no curso do período da estabilidade, ajuizada a ação ou comunicada a situação ao empregador após o lapso temporal, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Ademais, vale ressaltar que, mesmo se a concepção ocorrer durante o aviso prévio, a gestante adquire o direito a estabilidade, independentemente de este ser trabalhado ou indenizado, é o que determina o art. 391-A da CLT.

Fato importante sobre o tema diz respeito ao objetivo desta garantia. A estabilidade tem como objetivo a reintegração da empregada ou a indenização pecuniária?

Anteriormente, a súmula 244 do TST determinava que a gestante tinha direito a indenização e não a reintegração em relação ao período de estabilidade. Mas este entendimento mudou radicalmente, tendo sido reeditada a súmula, para determinar a proteção ao emprego e reintegração ao trabalho, sendo a indenização cabível nos casos em que já houver transcorrido o curso da estabilidade, conforme apontado anteriormente.

Não poderia ser de outra forma. A Constituição Federal tem como preceito a proteção à maternidade, garantindo que o emprego da gestante seja preservado. Veja, a proteção é garantida no sentido de manutenção da relação de emprego, justamente por isso a previsão de reintegração é pontual neste sentido.

Porém, a existência do direito a reintegração não exclui o direito a indenização em decorrência da estabilidade, uma vez que, diante da impossibilidade de ser reintegrada, ainda sim, a trabalhadora faz jus ao pagamento da indenização relativa ao período de estabilidade.

Outra ponderação importante diz respeito à interrupção da gravidez em decorrência de aborto espontâneo. Veja o pré-requisito para se adquirir a garantia da estabilidade é o estado gravídico, sendo assim, independente da ocorrência do aborto, tem a empregada o direito a estabilidade provisória enquanto estiver grávida. A dúvida paira no sentido à manutenção da estabilidade quando da interrupção da gravidez.

O artigo 395 da CLT garante a mulher o direito ao repouso de duas semanas, sendo este remunerado, após o aborto espontâneo, ou seja, não criminoso. Sendo assim, não há que se falar em garantia a cinco meses de estabilidade após o fato, já tendo o TST se posicionado por diversas vezes (BRASIL, 1999b).

Por fim, vale a pena tratar da estabilidade da gestante que foi contratada por tempo determinado. A redação do item II da Súmula 244 do TST determina que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória, mesmo na admissão mediante contrato por tempo determinado.

Como apontado durante este estudo, a estabilidade é uma garantia constitucional conferida à gestante que objetiva especialmente a proteção à maternidade. A mulher enfrentou, e vem enfrentando, grande discriminação no mercado de trabalho, notadamente em decorrência da sua qualidade de gestante.

A repressão ao emprego da gestante passou, sabiamente, a ser combatido com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual visa à proteção do trabalho em virtude da proteção da família e da maternidade.

Nos dias de hoje não restam dúvidas quanto às obrigações patronais em relação ao dever de proteção a gestação, a maternidade e principalmente a vida.

2.2.4 Direito ao rompimento do vínculo contratual

Em regra, a mulher gestante não pode ter seu contrato de trabalho rescindido, consequência da estabilidade que lhe é garantia por consequência da maternidade. A legislação trabalhista adotou duas exceções a tal regra: o pedido de demissão e a dispensa por justa causa.

2.2.4.1 O “pedido de demissão” e a necessidade de assistência sindical

Entende-se por pedido de demissão a “comunicação de extinção do contrato, de afastamento de iniciativa do empregado” (CASSAR, 2014, p. 1011), independentemente, portanto, da concordância do empregador.

A empregada gestante pode rescindir o contrato unilateralmente, contudo precisa ser assistida por sindicato da categoria, é o que diz o artigo 500 da CLT. Por isso, “de modo a afastar qualquer incerteza quanto à vontade livre e consciente do trabalhador de rescindir o

seu contrato de trabalho” (BRASIL, 2015d), se faz indispensável a assistência sindical para a homologação do pedido de dispensa da empregada gestante.

2.2.4.2 A dispensa por justa causa

A proteção especial ao emprego durante o período gestacional e após cinco meses da data do parto não retiram da empregada o dever de agir conforme os ditames dos preceitos trabalhistas e da boa-fé objetiva.

A empregada, que continua a ter inúmeros deveres decorrentes do pacto laboral, pode ser dispensada por justa causa se restar configurada uma das hipóteses elencadas no artigo 482 da CLT.

Ademais, não há necessidade de ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave nestes casos, uma vez que a jurisprudência (BRASIL, 2015b) já posicionou entendimento de que o postulado do artigo 853 da CLT não se aplica das garantias de estabilidade provisórias.

2.3 *O período pós-gestacional*

Após o parto e com o nascimento da criança, a gestante continua a receber o amparo da legislação trabalhista, isto porque a partir deste momento a mãe precisa dedicar grande parte do seu tempo para o trabalho de cuidado no seio familiar.

Neste período a mulher encontra-se inicialmente afastada do trabalho, mas protegida por institutos que merecem estudo, como é o caso da licença-maternidade. Importante analisar também a questão da amamentação e do retorno ao trabalho.

2.3.1 Licença-maternidade

A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 dias, nos termos no artigo 7º, inciso XVIII da Carta Magna, sem sofrer qualquer tipo de prejuízo ao seu emprego ou salário. É o período em que a mãe vai tratar de se recuperar do parto e se dedicar aos primeiros cuidados com o recém-nascido.

Para gozar a licença a empregada deve notificar o empregador que agilizará o início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e da data de ocorrência dele, apresentando para tanto atestado médico, tudo isto determinado pelos §§1º e 2º do artigo 392 da CLT.

Iniciada a licença-maternidade, a empregada passa a receber o benefício previdenciário correspondente ao período, o salário-maternidade, como “substitutivo da remuneração” (MARTINEZ, 2014, p. 712-713).

Por questão de saúde e através de atestado emitido por médico com finalidade especificada, a licença-maternidade pode ser prorrogada em duas semanas, tanto antes quanto depois do parto, sendo tal exceção uma excepcionalidade.

Fato controverso é a limitação temporal imposta a essa prorrogação. Entende-se que, o prazo permitido de dilação deveria ser analisado conforme a gravidade da questão. Se o objetivo maior é a proteção da saúde da mãe e do recém-nascido, a limitação temporal se mostra incompatível, isto porque, cada enfermidade tem tempo diferente de cura.

2.3.2 A amamentação e o retorno ao trabalho

Depois de gozado o período de licença-maternidade, a mulher retorna ao trabalho, antes de terminado o período de estabilidade, tendo resguardado o direito a função antes ocupada, conforme explicitado anteriormente.

Mesmo terminada a licença e executados os cuidados iniciais fundamentais com o recém-nascido, a mãe ainda precisa se preocupar com a alimentação da criança, que deve se dar de forma exclusiva pelo aleitamento materno até, no mínimo, os seis meses de idade, conforme orientação da Organização Mundial de Saúde (PIRES, s.d.), sendo assim, “a mulher tem direito a dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o próprio filho, até que ele complete seis meses de idade” (BARROS; ALENCAR, 2016, p. 717), permissivo legal do artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em função de saúde, quando por critério do autorizado competente, o período de seis meses poderá ser dilatado, nos moldes do parágrafo único do artigo supracitado. Exceção esta que demonstra a sensibilidade do legislador quanto à destinação da proteção à maternidade como direito também do recém-nascido.

Além disto, o artigo 400 da CLT determina que “os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária” (BRASIL, 1943).

3 A MATERNIDADE AFETIVA: UMA PERSPECTIVA INICIALMENTE ESQUECIDA PELA CONSTITUIÇÃO

O laço biológico foi durante muito tempo fator determinante para o reconhecimento de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, tanto é que somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 deu-se o reconhecimento de igualdade substancial entre os filhos, conforme preceituado no artigo 227, §6º da Carta.

A afetividade era tida a margem a lei, não existia proteção aos filhos adotivos ou de “criação”, eram nomeados como ilegítimos, sendo totalmente desconsiderado o critério afetivo e as formações familiares de fato.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 665) entendem que o nascimento não é o lastro para filiação socioafetiva, mas sim o ato de vontade, isto porque, “socioafetividade é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento de mão-dupla como pai e filho”.

Seguindo o intendo constitucional, o Código Civil 2002 também proibiu qualquer discriminação entre filhos no artigo 1.596, assim como ao filho adotado no artigo 1.626, inclusive ao desligá-lo de qualquer vínculo consanguíneo.

Na esfera Constitucional há uma lacuna quanto à proteção à maternidade afetiva. Embora o legislador constitucional tenha garantido disciplina específica à maternidade biológica, através da proteção à gestação e o trabalho da mulher, não abrangeu tais direitos aos adotantes.

Fato é que, a maternidade não está ligada ao critério biológico e justamente por isto entende-se que os direitos conferidos aos pais biológicos devem ser estendidos aos pais afetivos.

Parece que o legislador constitucional se esqueceu de tratar da matéria, por um lado garantiu a igualdade entre os filhos, acolhendo o critério afetivo familiar, contudo não o deu alcance à maternidade no mesmo sentido.

Em razão de tal silêncio, o legislador ordinário tratou de manifestar-se acerca de questões pontuais, como é o caso da licença-maternidade, no entanto outros temas relevantes ainda continuam em branco, como é o caso da proteção do emprego dos adotantes.

3.1 A fase pré-adotiva e a proteção contra a discriminação

No direito do trabalho existe vedação específica quanto à impossibilidade de adoção de critério de aferição da existência ou não de gravidez para fins de contratação, tais critérios têm relação direta com a proteção à maternidade da mãe biológica.

Em sentido contrário pode-se afirmar quanto à maternidade afetiva, que não existe qualquer legislação que vede a adoção de critérios específicos discriminatórios para fins de contratação. O que se rechaça é a discriminação do trabalho da pessoa que pretende ou está em processo de adoção. Sendo assim, ninguém pode deixar de ser contratado em virtude da adoção ou do processo ligado a ela, todavia não existe qualquer vedação a critérios específicos, como por exemplo, o pedido do empregador de informação neste tocante.

Assim como a mulher, mãe biológica, o adotante sofre discriminação em função da sua opção, tanto por uma questão cultural de questionamento a escolha de adotar, como por mostrar-se o trabalho oneroso em virtude de alguns direitos que tem, bem como porque, muitos empregadores acreditam que o processo pode atrapalhar na produtividade do empregado.

A grande dificuldade em questão está no que diz respeito à prova da discriminação sofrida na contratação e justamente por isto defende-se a adoção a determinadas condutas pelo empregador na fase pré-contratual, assim como acontece com a maternidade biológica.

Assim como não se pode deixar de contratar em função da adoção, não se pode dispensar em virtude dela, sob o mesmo argumento de vedação à discriminação.

3.2 O período adotivo

Uma vez finalizado o processo adotivo, efetivada a filiação afetiva, os adotantes passam a destinar cuidados especiais para a acomodação da criança, principalmente no que diz respeito ao processo de transição da antiga para a nova condição de vida.

Tal processo, que deve se dar da forma menos traumática possível, exige que o adotante esteja extremamente envolvido, assim como a mãe biológica após o parto, e por isto a necessidade de uma proteção especial.

3.2.1 Licença-maternidade

Com o advento da Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, que seguiu o intento do código civil, a licença maternidade foi estendida aos adotantes e aqueles em situação de guarda para fins de adoção, que acrescentou o artigo 392-A a CLT.

Para concessão da licença é preciso apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã, conforme determinação do §4º do artigo 392-A da Legislação Trabalhista, pelo adotante que for gozar da mesma, posto que apenas um dos adotantes poderá se beneficiar.

Muito embora tenha sido pontual a confirmação legislativa do direito a licença maternidade pelos adotantes, esta se mostrou discriminatória por dois aspectos: a diferenciação entre maternidade biológica e afetiva e o critério de escalonamento do período da licença em função da idade da criança.

A redação da Lei 10.421/02 efetivou a diferenciação entre maternidade biológica e afetiva, que substancialmente não deveria existir, além disso, adotou um critério de escalonamento conforme a idade da criança para delimitar o limite temporal da licença, atualmente revogado, que foi alvo de inúmeras críticas em decorrência da distinção entre as necessidades do adotado por idade.

Fato é que, muito embora os adotantes tenham garantido direito à licença maternidade, ainda continuam sendo discriminados por questões biológicas.

3.2.2 A amamentação e o retorno ao trabalho

A empregada tem direito a intervalos para amamentação nos moldes do artigo 396 da CLT, para amamentar o próprio filho, até completar 6 meses de idade. O critério adotado para tal concessão foi claramente biológico, levando em consideração que a letra entrou em vigor junto com a Consolidação das Leis Trabalhistas e que o direito àquela época não abraçava a maternidade afetiva.

O artigo supracitado determina a concessão dos intervalos para amamentação “do próprio filho” da empregada e, sendo assim, em virtude da adoção do critério da igualdade entre os filhos pela Constituição Federal, este deve ser usufruído tanto pelo filho biológico como pelo adotivo.

Em sentido parecido Alice Monteiro de Barros e Jessé Claudio Franco de Alencar (2016, p.717) propõem que o benefício se estenda também aos adotantes, como ocorre na legislação espanhola, “a fim de que se estreitem os elos afetivos também entre filhos e pai, tornando este último cada vez mais responsável pelos cuidados com aqueles”.

3.2.3 A proteção ao emprego dos pais adotivos

Assim como qualquer empregado, os adotantes não podem ser dispensados em decorrência de discriminação, entretanto não existe qualquer tipo específico de proteção ao seu trabalho, ao contrário da maternidade biológica que protege o emprego da mulher através de estabilidade provisória.

A estabilidade da gestante foi instituída com o intuito de vedar a discriminação e dispensa da mulher em decorrência da gestação, e o mesmo deveria ter sido feito quanto à adoção.

Fazendo uma análise comparativa, o período gestacional equipara-se ao processo de adoção, e o parto a chegada da criança no novo lar. Em todos esses momentos, mesmo uns advindo de fatos biológicos e outros de fatos sociais, dispensam o tratamento e cuidado equânimes no que diz respeito ao recém-chegado. Um adotante tem direito à licença-maternidade, esta engloba o intervalo para amamentação e acompanhamento em consultas médicas da criança, o que torna o risco de desemprego maior.

Se o trabalho da mulher é discriminado em função da gestação e sua onerosidade para empresa, o mesmo acontece com o empregado adotante. Por isto, a proteção ao emprego deveria ser a mesma.

Além disto, conforme já explicitado anteriormente, a estabilidade provisória da gestante tem como objetivo não apenas a proteção do emprego da mãe, indivíduo empregado, mas também da mãe mantenedora da criança. Por conseguinte, a estabilidade é meio de proteção à maternidade, assim sendo deveria se dar indiscriminadamente e não apenas por critérios biológicos.

Embora não haja qualquer previsão legal quanto à extensão da estabilidade da gestante aos adotantes, o TST entendeu pela proteção à maternidade e concedeu o direito a estabilidade provisória a obreira adotante, nos autos do Recurso de Revista nº 2006001920085020085. Tal entendimento ainda não foi pacificado, havendo divergência entre os tribunais, no entanto na doutrina se entende pela proteção do trabalho do adotante.

CONCLUSÃO

O direito fundamental a proteção à maternidade foi pontual ao proteger explicitamente a maternidade biológica, deixando de lado inicialmente a maternidade afetiva. Estritamente ligado à proteção do trabalho da mulher, tal direito fundamental tem como objeto de proteção maior a vida e dignidade dos envolvidos, pais e crianças.

A ideia de maternidade ligada à gestação sofreu grande ruptura com o advento do Código Civil de 2002, que reafirmou o intento constitucional de garantir igualdade entre os filhos. A valorização da maternidade afetiva trouxe à tona uma série de discussões, inclusive no que diz respeito aos direitos trabalhistas.

Uma vez reconhecida e valorizada a maternidade afetiva, questiona-se a diferenciação feita entre esta e a biológica pelo poder constituinte e pelo legislador trabalhista, concluindo-se pela necessidade de aplicação equânime das garantias de emprego.

Deve-se ter em vista que toda discriminação sofrida pelos pais biológicos no ambiente de trabalho é igualmente projetada sobre os pais adotantes, que enfrentam os mesmos desafios cotidianos, na medida das circunstâncias de fato.

Desta forma, conclui-se que embora se tenha avançado bastante no que diz respeito à equiparação dos direitos dos pais adotantes, ainda há muito que evoluir, sendo fundamental para tanto uma análise do direito fundamental a proteção à maternidade sob o enfoque de proteção a todos envolvidos no processo.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

AURELIO. Dicionário do Aurélio. Significado de Maternidade. [s.d.]. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/maternidade>>. Acesso em 16 nov. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de; ALENCAR, Jessé Claudio Franco de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BELARDINELLI, Sergio. A pluralidade das formas familiares e a família como insubstituível “capital social”. In: BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia. **Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais**. 2 ed. São Paulo: Paulinas, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 nov. 2016.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452**, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jun. 1990.

_____. **Lei nº 9.029**, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 abr. 1995.

_____. **Lei nº 9.799**, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 mai. 1999a.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **IBGE: desigualdades de gênero e racial diminuem em uma década, mas ainda são marcantes no Brasil**. 04 dez. 2015a. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/dezembro/ibge-divulga-sintese-de-indicadores-sociais-2015-desigualdades-de-genero-e-racial-diminuem-em-uma-decada-mas-ainda-sao-marcantes-no-brasil>>. Acesso em 28 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 3104620125020085**. Julgado em 24 jun. 2015b.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 3181910519965025555**. Terceira Turma. Relator: José Carlos Perret Schulte. Julgado em 12 mai. 1999b.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 8067220105150024**. Primeira Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Julgado em 19 ago. 2015d.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. **Direito das famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAMA, Andrea de Sousa. **Trabalho, família e gênero: impactos do trabalho e da educação infantil**. 1 ed. São Paulo: Cortez, 2014.

JUNIOR, Aloisio Cristovam dos Santos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Niterói: Impetus, 2013.

MALLET, Estevão. **Igualdade e discriminação em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PESSOA, Valton Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do *venire contra factum proprium* nas relações de trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PIRES, Celina. **Recomendações OMS**. Leite Materno, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.leitematerno.org/oms.htm>>. Acesso em 01 nov. 2016.

PRONI, Thaissa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. São Paulo: LTr, 2013.